

РЕШЕНИЕ

№ 156

гр. София , 17.05.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 5-ТИ НАКАЗАТЕЛЕН в публично заседание на седемнадесети май, през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател: Веселин Пенгезов
Членове: Десислав Любомиров
Атанаска Китипова

при участието на секретаря Теодора Т. Ставрева
като разгледа докладваното от Атанаска Китипова Въззивно частно наказателно дело № 20211000600513 по описа за 2021 година

Производството е по реда на чл.63, ал.2, във вр. с чл.62, ал.2 от ЗЕЕЗА.

Образувано е по протест от прокурор при СОП, с който се твърди, че решението на СОС по чнд №215/2021г. от 26.04.2021г., с което е отказано съгласие за последващо предаване на израелския гражданин Г. Б. на компетентните власти на ФРГГермания, е неправилно. Съдът е приел, че са налице предпоставките по чл.39, т.2 от ЗЕЕЗА за отказ да се изпълни ЕЗА, но според протеста това основание не е налично. Твърди се, че деянието, за което е осъден Б. и това, за което се иска последващото му предаване за наказателно преследване, не са идентични. Според протеста, въпреки че се касае за един и същи правен субект, идентичен механизъм на деянието и частично темпорално припокриване, деянията се различават от обективна страна. Касае се за деяния, при които са въведени в заблуждение различни лица на различни територии, засегната е правна сфера на пострадали, различни от тези, за които исканото лице е осъдено. Съгласно практиката на СЕС, фактът, че отделните деяния са свързани от един и същи умисъл, не

може да ги определи като същите. По тези съображения се иска отмяна на решението и даване на съгласие по реда на чл.63, ал.2 от ЗЕЕЗА.

Защитниците на исканото лице поддържат съображенията си, изложени пред първоинстанционния съд, като считат протеста за неоснователен. Посочената съдебна практика в него според защитниците касае случаи, при които осъждането е за множество престъпления, а в конкретния казус се касае за продължавано престъпление, така че цитираните от прокурора решения не са относими.

Съдът, след като се запозна с материалите по делото и доводите, наведени в протеста и от страните в съдебно заседание, намира за установено следното:

Протестът е процесуално допустим, като депозиран в срок и от лице, което има съответните правомощия за това, но разгледан по същество, е неоснователен по следните съображения:

С протестираното решение от 26.04.2021г., постановено по чнд №215/2021г., Окръжен съд София е оставил без уважение искането за даване на съгласие за последващо предаване на израелския гражданин Г. Б., поискано от компетентните власти на ФРГ с ЕЗА от Р Австрия, за провеждане на наказателно преследване. С решението е било прието, че Г. Б. е предаден на австрийските власти с решение от 02.12.2019г., постановено по вчнд №776/2019г. на САС, въз основа на ЕЗА, за наказателно преследване за престъпления тежка измама, пране на пари, участие в престъпна организация, квалифицирани по закона на издаващата държава като престъпления по чл.146, чл.147, ал.1, т.1 и ал.3, пр.2, чл.165, ал.4 и чл.278а от НК. Престъпленията са били извършени чрез управлявани от него online-платформи xTraderFX, OptionStars, SafeMarkets, GetFinansial в периода от 2016г. до момента на задържането му в България на 29.01.2019г., в София и на други места в чужбина. В производството исканото лице не е направило отказ от прилагане на принципа на особеността. След предаването, по отношение на Б. е била постановена присъда от Областен съд Виена, Австрия, влязла в законна сила на 05.09.2020г. с която е било наложено наказание лишаване от свобода за срок от 4/четири/ години, което се изпълнява, на 29.01.2021г. Б. е бил условно предсрочно освободен от изтърпяване на

остатъка от наказанието. Б. е бил признат за виновен за престъпление по чл.146, 147, ал.3 и чл.148 от австрийския НК – тежка комерсиална измама, извършена в периода между 09.09.2015г. и месец февруари 2019г., в София и на други места в чужбина със следните действия – представяйки се за управител на xTraderFX, OptionStars, SafeMarkets, GetFinansial, умишлено и с цел да обогати себе си или трето лице, назначавайки множество лица /Callcenter Agents/ и по-късно и други съучастници, е заблудил над 1000 човека в София, Белград и на други места в чужбина да инвестират в т.н. „brands“, които само са служили за фасада, за да подтикнат потърпевшите да внасят пари, без да имат шанс за бъдеща печалба или възвръщане на вложения капитал, по този начин е причинил на пострадалите имуществена вреда, надвишаваща 300 000 евро и е действал с намерение продължително да упражнява този вид измама и така да си осигури добър, редовен доход, използвайки агресивни подходи на реклама на интернет страници, в социалните канали и професионално организирана система с телефонна линия и email-Support той е измамил и причинил имуществени вреди на общо 124 австрийски граждани, посочени поименно в присъдата, във връзка с всички споменати платформи е причинил имуществени вреди на най-малко още 1 206 други пострадали лица от Австрия за периода от 09.09.2015г. до февруари 2019г. в размер най-малко на 1 029 337.87 евро. Със същата присъда Б. е бил осъден за престъпление по чл.147, ал.3 от НК на Р.Австрия – пране на пари, извършено в същия период от време със съучастници – М. Б./А. и други лица, които били назначени в споменатите фирми като счетоводители и финансиста с цел да укриват произхода на парите, придобити от престъпление тежка комерсиална измама по чл.146, чл.147, ал.3 и чл.148 от НК, те укривали истинския произход на парите, като предоставяли неверни сведения и превеждали получените от пострадалите чрез различни финансови доставчици, базирани в Нидерландия, Черна гора, Чехия, Германия, Унгария и в други държави, парични суми на различни търговски дружества, собственост на Б. или определени от него лица, негови съучастници, които от своя страна накрая превеждали получените пари на управлявани от Б. дружества, както и са прикривали плащанията под формата на дивиденди.

По време на изпълнението на присъдата австрийските съдебни власти

са били сезирани с ЕЗА от 11.12.2020г., издадена от Окръжен съд Бамберг, Германия, с която е поискано предаване на Б. с цел наказателно преследване за престъпления, извършени преди предаването му на австрийските власти. В ЕЗА е посочено, че наказателното преследване е за извършени множество престъпления в периода от 01.01.2016г. до 28.02.2019г. на територията на издаващата държава – в Нюрнберг, Оксенфурт, Алерсбах, Мюнхен, Валдхайм и много други населени места в Германия /по местоживеенето на пострадалите лица/, както и в София, България, Белград, Сърбия, Сараево, Босна и Херцеговина и на други места в Европа. Посочено е, че Б. е действал в посочения период като глава/ръководител/ на организирана престъпна група, състояща се от множество лица, с колцентрове в София, Белград и Сараево, като *** на фирмите E&G Finances EOOD E&G Bulgaria EOOD за т.н. платформи за online-търговия xTraderFX, OptionStarsGlobal и SafeMarkets. Той е бил действителният ръководител на престъпното сдружение и даващият указания на всички съучастници. Ръководил е и е координирал всичко в сферата на управлението, където са били взимани и всички съществени решения. Ръководил е и е обслужвал съвместно с някои от неговите съучастници оперативната дейност на фирмите E&G Finances EOOD E&G Bulgaria EOOD и на отделните колцентрове. Грижил се е значително за това, заедно с другите оторизирани да вземат решения лица, лични инвестиционни агенти, да увреждат чрез измами клиентите в Германия и в многобройни други държави. Механизмът на деянията е бил следният: агентите /от колцентровете/ са се представяли пред многобройни клиенти от Германия чрез телефонни обаждания или по e-mail като инвестиционни консултанти на платформите xTraderFX, OptionStarsGlobal и SafeMarkets. Те примамвали клиенти чрез привидно достоверни твърдения, да инвестират значими суми в различни финансови инструменти /например бинарни опции, CDF деривати/, обещавали им големи печалби, въпреки че са знаели, че няма перспективи нито за съхраняване на капитала, нито за капиталови печалби. Вложените от клиентите суми са разпределяни незабавно в комплексна, инсталирана в Европа мрежа за пране на пари, върху която Б. също е упражнявал влияние. Престъпното сдружение е действало по занятие, с единствена цел да набави за себе си източник на средства за известен период от време и в големи размери. Пострадалите лица, по груби данни, са повече от 300 германски граждани, с вреди на обща стойност 7 400 000 евро.

Описаните факти са квалифицирани по НК на Германия като образуване на криминално /престъпно/ сдружение за извършване на множество престъпления измами по занятие по организиран начин - престъпление по чл.129, ал.1, чл.263, ал.1 и ал.3, пр.2, номер 1, ал.5, чл.25, ал.2, чл.53 от НК.

След съобразяване на съдържанието на ЕЗА, издадена от германските компетентни власти, първоинстанционният съд е приел, че очертаната в нея фактология съвпада с тази, за която исканото лице е било осъдено от Областен съд Виена, като покрива определението за „същите деяния“ по смисъла на чл.54 от Конвенцията за прилагане на Споразумението от Шенген. По тази причина е прието, че е налице основанието за отказ да се изпълни заповедта по чл.39, т.2 от ЗЕЕЗА /чл.3, т.2 от РР 2002/584/ПВР на Съвета/. Изложени са подробни съображения относно принципът *ne bis in idem*, който според съда е основанието за отказ, съгласно практиката на СЕС, че правнорелевантният критерий при прилагането на чл.54 от Конвенцията е идентичността на фактите, съставляващи признаците от обективна страна, разбирани като съвкупност от неразделно свързани помежду си факти, независимо от тяхната правна квалификация или защитения правен интерес, като окончателната преценка в това отношение принадлежи на компетентните национални съдилища. /Решение на Съда от 18 юли 2007г. по дело С 288/05 Jurgен Kretzinger/. Прието е, че в конкретния казус забраната за повторно съдене на едно и също лице за същите факти е приложима поради наличието на признака *idem*, тъй като е налице пълно тъждество на фактите относно време, място и механизъм на извършване на деянията по двете наказателни производства – воденото в Германия и приключилото в Австрия. Независимо че присъдата на австрийския съд касае само пострадалите австрийски граждани, а ЕЗА, издадена от германските власти, сочи същите факти на деянията, но по отношение на германски граждани, е било прието, че се касае за същото престъпление, тъй като забраната за повторно съдене, обективизирана в принципа *ne bis in idem*, е установена в полза на дееца, а пострадалите са допълнителни страни в наказателното производство и биха могли да защитят правата си и по гражданскоправен ред. Съдът е приел, че се касае за продължавано престъпление по смисъла на чл.26, ал.1 от НК, в рамките на един и същи времеви период, с причинени имуществени вреди на различни лица от различни държави, в това число австрийски и германски

граждани, за което австрийските власти вече са осъдили с влязла в сила присъда исканото лице, затова то не следва да бъде предавано отново за наказателно преследване. Като допълнителен аргумент е посочена задължителната съдебна практика по чл.26, ал.1 от НК, обективизирана в ТР №2/21.10.2010г. на ВКС по т.д. №2/2010г. в смисъл ,че при усложненото престъпление, състоящо се от еднородни деяния, осъществяващи поотделно един или различни състави на едно и също по вид престъпление, намиращи се в органическа обективна и субективна връзка помежду си, се разглежда от закона и съдебната практика като единна престъпна дейност с общи правнозначими последици, наказуема като едно престъпление, дори да е засегната имуществената сфера на повече от едно лице. Първоинстанционният съд се е позовал и на ТР №3/15.02.1971г. по н.д. №32/70г., за да се обоснове, че при продължавано престъпление е възможно да се засегне собствеността на различни граждани, в различни населени места и че когато едно лице вече е осъдено или оправдано за едно продължавано престъпление през определен период от време, не може отново за бъде съдено за отделни деяния, част от продължаваното престъпление, които не са били разкрити или по други причини са изпуснати при разглеждане на делото, като правилото *ne bis in idem* се прилага и при продължавано престъпление. Последният аргумент в подкрепа на решението за отказ е обстоятелството, че за същите деяния е било прекратено образувано в Р България наказателно производство на основание чл.484, ал.1, във вр. с чл.24, ал.1, т.6 от НПК, поради постигнато съгласие за провеждане на наказателното производство в друга държава членка – Австрия.

Настоящият съдебен състав намира, че предвид гореизложеното, протестът е неоснователен, а проверяваното решение е правилно и законосъобразно.

Окръжният съд изцяло е съобразил събраните доказателства, включително тези, приобщени при предаването на Б. на австрийските власти, след което законосъобразно ги е анализирал. Спазени са разпоредбите да се съобрази наличието на условията по чл.36 и чл.39 от ЗЕЕЗА при преценка на основателността на искането за даване на съгласие. Настоящият състав се присъединява изцяло към фактическите и правни изводи, които не се налага да бъдат излагани повторно. Само следва да се посочи, че действително се

касае за идентичност на фактите, за които Б. е бил предаден за наказателно преследване на Р Австрия от българския съд и впоследствие е признат за виновен, с тези, изложени в ЕЗА от компетентните германски власти. Косвено това се потвърждава и от фактологията във връзка с воденото наказателно производство против него в Р България, което е прекратено именно поради наличие на разследващ престъпната му дейност международен екип, една от страните по споразумението за създаването на който освен РАвстрия, е и ФРГГермания. Именно въз основа на това споразумение е било прието разследването да се проведе в Австрия, където е постановена и влязлата в сила присъда. След като при предаването на австрийските власти лицето не е направило отказ от принципа на особеността, не прави такъв отказ и впоследствие, съдът в производството, заместващо съгласието му, е извършил законосъобразна преценка на издадената ЕЗА за последващото му предаване и въз основа на изложените в нея факти за престъплението, за което се иска предаване, е направил законосъобразен извод, че последващото му предаване би било в нарушение на принципа *ne bis in idem*, тъй като за тази престъпна дейност вече има постановена присъда. Всички аргументи на защитата, възприети от първоинстанционния съд, в насока, че се касае за идентичност на деянието от обективна страна, включително и че присъдата обхваща малко по-дълъг период от време от този, посочен в ЕЗА от Германия, са основателни и намират подкрепа в доказателствата по делото. Г. Б. е бил признат за виновен в извършване на измама и пране на пари, посочените в ЕЗА от 11.12.2020г., издадена от ОС Бамберг, ФРГ обстоятелства също водят до извод, че лицето се иска за провеждане на наказателно преследване за престъпления измама и пране на пари, в същия период от време, като той вече е бил осъден за извършени в София и на други места в чужбина деяния, а в заповедта се твърди, че се касае за извършени в Германия, България, Сърбия, Босна и Харцеговина и други места в Европа, т.е. дори соченото местоизвършване на престъплението не дава основание да се приеме, че става въпрос за различна престъпна дейност. В проверяваното решение са анализирани подробно, изчерпателно и обосновано всички факти, посочени в ЕЗА, като правилно е заключено, че е налице основанието по чл.39, т.2 от ЗЕЕЗА за отказ да се изпълни заповедта, тъй като обстоятелствата по новоиздадената заповед и по осъдителната присъда са идентични. Въззивният съд също приема, че в конкретния казус забраната за повторно съдене на едно

и също лице за същите факти е приложима поради наличието на признака *idem*, тъй като е налице пълно тъждество на фактите относно време, място и механизъм на извършване на деянията по двете наказателни производства – воденото в Германия и приключилото в Австрия. Независимо че присъдата на австрийския съд касае само пострадалите австрийски граждани, а ЕЗА, издадена от германските власти, сочи същите факти на деянията, но по отношение на германски граждани, се касае за същото престъпление, тъй като забраната за повторно съдене, обективизирана в принципа *ne bis in idem*, е установена в полза на дееца, а пострадалите са допълнителни страни в наказателното производство и биха могли да защитят правата си и по гражданскоправен ред. Правилно е било прието, че се касае за продължавано престъпление по смисъла на чл.26, ал.1 от НК, в рамките на един и същи времеви период, с причинени имуществени вреди на различни лица от различни държави, в това число австрийски и германски граждани, както това е било посочено и в самата присъда. Възражението на прокурора в протеста, че става въпрос за множество престъпления, а не за едно продължавано такова, затова няма пречка да се проведе ново разследване, не могат да бъдат споделени, тъй като следва да се има предвид, че постановената по отношение на Г. Б. присъда е за измама като предикатно престъпление и пране на пари впоследствие, посочените факти по новоиздадената ЕЗА са за същите престъпления, за които исканото лице вече е било признато за виновно от съда в Австрия. По отношение на продължаваното престъпление измама съдът е изложил подробни съображения защо няма основание за повторно осъждане, в случай, че част от деянията в състава на това престъпление не са били предмет на присъдата, в каквато насока е задължителната съдебна практика, на която правилно се е позовавал. Освен това ФР Германия като страна по споразумението за създаване на международен разследващ екип е приела наказателното производство да се провежда в Р Австрия, където впоследствие е била постановена и влязлата в сила присъда, а фактът, че по споразумението е участвала прокуратурата в Саарбрюкен, не би следвало да е основание друга провинция да провежда отделно разследване, в нарушение на международните принципи на наказателния процес, след постановяване на присъда за същите обстоятелства. Затова настоящият състав прие, че правилно първостепенният съд е постановил проверяваното решение, съобразно наличните по делото доказателства, като

споделя извода за наличието на основанията по чл.39, т.2 от ЗЕЕЗА за отказ да се даде съгласие за последващо предаване на исканото лице в трета държава-член на ЕС.

Поради горните съображения настоящата съдебна инстанция

РЕШИ:

Потвърждава решение от 26.04.2021г. на СОС, постановено по чнд №245/2021г., с което е отказано да се даде съгласие израелският гражданин Г. Б. /G. B./, роден на ***г. в гр.***, Република Израел, предаден от Р България на Р Австрия за провеждане на наказателно преследване въз основа на ЕЗА от 02.01.2019г. на Прокуратурата на Фелдкирх, РАвстрия, по дело №8 St 51/18х, да бъде предаден на ФРГермания въз основа на ЕЗА от 11.12.2020г., издадена от ОС Бамберг, ФРГермания по дело №1 Gs 2292/20 с цел наказателно преследване.

Решението е окончателно.

След влизане в сила на решението да се изпрати заверен препис на МП на РБългария, ВКП, СОП, както и да се уведоми издаващият орган Окръжен съд Бамберг, ФР Германия по дело №1 Gs 2292/20 и Прокуратурата във Виена, Австрия /307 hast 28/20s/.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____